

no está obligado á subscribir; luego hace una liberalidad; pero la liberalidad se hace en vista de un fin en el cual él se interesa, y, ¿este interés es suficiente para dar á la subscripción un carácter conmutativo? La corte de París así lo falló, y la corte de casación confirmó su decisión (1). A nuestro juicio, había donación con carga.

362. Desde el momento en que el donador tiene un fin interesado, cesa de haber liberalidad. La corte de Lieja así lo ha fallado para las gratificaciones que se prometen á un empresario si termina ciertos trabajos en un plazo determinado. El que hace dicha promesa debe tener un interés cualquiera en que se terminen los trabajos. Por su lado, el empresario está obligado á un aumento de trabajo, de actividad y ordinariamente de trabajos para cumplir su compromiso. Así, pues, la gratificación es en realidad, un suplemento de precio, lo que decide la cuestión (2).

*SECCION IV.— Del efecto de las donaciones en cuanto á la translación de la propiedad.*

§ I. PRINCIPIOS GENERALES

*Núm. 1. Del efecto de las donaciones entre las partes.*

363 El artículo 711 coloca la donación entre los modos de adquirir y de transmitir la propiedad de los bienes. En este sentido es como el artículo 894 define la donación: "un acto por el cual el donador se despoja actual é irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta" Así es que la donación es esencialmente un contrato translativo de propiedad. Así es que hay que aplicar á la donación lo que el artículo 1,599 dice de la venta: la donación de cosa agena es nula. En el título de la *Venta* diremos que la venta de cosa agena es nula, en

1 París, 11 de Diciembre de 1827, y denegada, 7 de Abril de 1829 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,300).

2 Lieja, 27 de Junio de 1868; (Pasierisja, 1869, 2, 15).

el sentido de que es anulable. Una sentencia de la corte de Lieja, dice que la donación de la cosa agena, á diferencia de la venta, es radicalmente nula y de ningún efecto, supuesto que el donador de nada se desprende (1). Esto quiere decir que la donación de la cosa agena es inexistente. A nosotros nos parece que la corte va demasiado lejos; su misma decisión así lo prueba; ella reconoce que la donación de la cosa agena puede servir de base á la prescripción; luego produce un efecto, y, en consecuencia, no puede decirse que la donación exista. Por otra parte, no hay ningún motivo jurídico para que la donación sea inexistente. ¿Qué importa que el donador de nada se despoje? Tampoco el vendedor se despoja de nada cuando vende una cosa que no le pertenece, y no obstante, hay venta. Por la misma razón, debe decidirse que el donatario ganará los frutos si ignora los vicios de su título (art. 550). Una sólo diferencia existe entre el vendedor y el donador, que el uno está obligado á garantir, mientras que el otro no está obligado en general al menos. Pero los principios generales recobrarían su imperio si la donación se hiciera con carga; el donatario podría pedir la nulidad ó la resolución del contrato, probando que el donador no era propietario de la cosa donada.

364. Para que la donación transfiera la propiedad, se necesita que ésta tenga por objeto un cuerpo cierto. Esto es elemental. La propiedad, el más considerable de los derechos reales, no se concibe sino cuando se ejerce sobre una cosa determinada; ¿cómo el propietario había de ejercer el poder absoluto que le da su derecho, si no sabe sobre qué cosa debe ejercerlo? Luego si la cosa donada no está determinada sino por su especie, la propiedad no se transferirá al donatario sino cuando la cosa esté determinada, lo que ordinariamente se hace en el momento de la

1 Lieja, 29 de Mayo de 1869 (Pasierisja, 1870, 2, 404).

tradición. De esto no habría que concluir que la tradición sea la que transfiera la propiedad; lo que lo prueba, es que la propiedad sería transferida antes de toda tradición, si hubiese un convenio que determine la cosa. Así es que, es siempre por efecto del contrato por lo que se transfiere la propiedad. Insistiremos acerca de estos principios en el título de las *Obligaciones*.

365. Según los términos del artículo 1138, la obligación de entregar la cosa, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contrayentes. La corte agréga que vuelve al acreedor propietario desde el momento en que la cosa ha debido entregarse, aun cuando no haya tenido lugar su tradición. En el título de las *Obligaciones* diremos cuales son los motivos de esta gran innovación. En derecho romano, se seguía como principio que la propiedad se transfiere no por el consentimiento de las partes, sino por la tradición. El legislador moderno da á la voluntad la misma fuerza que en otro tiempo se daba á actos materiales. El artículo 938 aplica este principio á las donaciones, pero lo hace en términos casi ininteligibles. "La donación debidamente aceptada, se perfeccionará por el *solo consentimiento* de las partes, y la propiedad de los objetos donados se transferirá al donatario en que se necesite *otra tradición*." Es verdad que la donación es un contrato consensual, en el sentido de que se forma por el concurso de consentimientos sin que se necesite una tradición; pero no es exacto decir que la donación se perfecciona por el solo consentimiento de las partes; la donación es también un contrato solemne, y la solemnidad se requiere para la existencia misma del contrato.

La segunda parte del artículo 938 tiene por objeto explicar la primera, de decir en qué sentido la donación es un contrato consensual, y es que se perfecciona con la tradición de la cosa. Pero el principio está mal formulado.

La ley habla de *otra* tradición. ¿Qué cosa es esa *otra tradición*? El código no conoce más de una, y es la remisión ó la entrega de la cosa (art. 1604 y siguiente-). No se puede comprender la reducción del artículo 938 sino remontándose al antiguo derecho, el cual han pretendido derogar los autores del código. Se distinguirán dos tradiciones, la tradición de hecho y la tradición de derecho. Difícil es definir exactamente lo que se entendía por tradición de derecho porque las costumbres variaban. Lo que todas ellas querían, es la irrevocabilidad absoluta de la donación, el *desprendimiento* actual é irrevocable del donador; el desprendimiento operaba la tradición de derecho, sin que fuese necesario entregar la cosa al donatario. El código se conforma con esta tradición de derecho, como se conforma con el concurso de consentimientos para la transmisión de la propiedad; el artículo 938 no es pues, más que la aplicación del artículo 1138. En el antiguo derecho, se necesitaba además *otra tradición*, sea la entrega real de la cosa, sea formalidades que hacen sus veces. Esta *otra tradición* es la que el código aparta. (1)

No fijamos la atención en los detalles de historia; en el caso de que se tratá son inútiles, para la inteligencia del código. El principio de derecho moderno es tan sencillo como justo. Todos los efectos de los contratos dependen de la voluntad de las partes: lo que las partes quieren tiene fuerza de ley. La donación no difiere bajo este concepto, de los demás contratos. No hay más que una diferencia, y es que el principio de la irrevocabilidad de los convenios se aplica con más severidad en materia de donaciones. Esto era lo que extraviaba á los antiguos autores: para asegurar la irrevocabilidad de las donaciones, les parecía que no era suficiente el vínculo de derecho, que se

1 Demolombe, t. 20, págs. 204.227; Mourlon, según Valetle, t. 2º, pág. 295.

necesitaba, además, una tradición real, tradición que garantizaba, además, los intereses de los terceros. Tales son las razones que da Ricard para justificar el principio de la posesión. Merlin lo reputa extensamente. (1) No entramos en este debate. El legislador moderno ha asegurado la irrevocabilidad de las donaciones mobiliarias, exigiendo un estado extimativo; trataremos de esta separadamente. El ha sancionado la irrevocabilidad de las donaciones en general, proscribiendo toda cláusula que hiciera depender la donación de la voluntad del donador; volveremos á hablar de esto al exponer el sentido de la regla: *donar no equivale á retener*. En cuanto á los intereses de los terceros, están amparados por la publicidad de las donaciones inmobiliarias, como vamos á decirlo. Con esto caen todas las controversias del antiguo derecho sobre la tradición.

*Núm. 3. Del efecto de las donaciones respecto á terceros.*

366. ¿De qué manera el donatario se vuelve propietario respecto á terceros? Hay que distinguir si la donación tiene por objeto muebles corpóreos, derechos mobiliarios ó inmuebles. El código no contiene disposición especial sobre las donaciones mobiliarias, en lo concerniente á la translación de la propiedad de las cosas donadas respecto á terceros. Ellos quedan, pues, bajo el dominio del derecho común. Ahora bien, en la doctrina del código, la propiedad de los muebles corpóreos se transmite, respecto á terceros como entre las partes, por el solo efecto de la perfección del contrato. Luego si una cosa mobiliaria se ha donado sucesivamente á dos personas, sin que ninguna de ellas haya sido puesta en posesión de la cosa, el primer donatario será propietario de preferencia al segundo, con la

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Donaciones*, sec. 6ª, pfo. 2º (tomo 8º, págs. 489 y siguientes); Coin-Delisle, pfo. 214, núm. 15 del artículo 938.

condición de que pruebe la anterioridad de su título, ó por mejor decir, produciendo su título, puesto que es una escritura auténtica que tiene fuerza de ley desde su fecha. Si el donador ha entregado la cosa á uno de los donatarios, aun cuando fuese al segundo, este permanecerá propietario, con tal que su posesión sea de buena fe: esto no es más que la disposición del artículo 1,141, que se aplica á la donación tanto como á la venta, porque hay el mismo motivo para decidir. Nosotros lo explicaremos en el título de las *Obligaciones*.

Hay un caso en el cual es necesaria la tradición para la perfección de la donación mobiliaria, y es cuando el donativo se hace de mano á mano. Remitimos á lo que ya dijimos sobre esta materia en los números 277-283.

367. Cuando la donación tiene por objeto un crédito, se necesita, en general, una escritura auténtica para la validez de la decisión; la entrega de mano á mano no es suficiente, salvo para los efectos al portador. Se necesita, además, para que el donatario esté investido respecto á terceros, que haya notificado la donación al deudor, ó que éste haya aceptado la translación en una escritura auténtica. Esto no es más que la disposición del artículo 1,690, que nosotros explicaremos en el título de la *Venta*. Nuestra ley hipotecaria ha añadido una formalidad nueva (art. 5); cuando el crédito está garantizado por un privilegio ó una hipoteca, la donación no puede oponerse al tercero, sino después de haber sido inscrita en los registros del conservador de las hipotecas. Volveremos á tratar este punto en el título de las *Hipotecas*.

Hay efectos de comercio que se transmiten por la vía de endose. Cuando el endose es regular, el nuevo titular es propietario respecto á terceros. Véase el número 282.

368. Las escrituras de donación inmoviliaria, deben transcribirse en un registro llevado por el conservador de

las hipotecas; la transcripción consiste en la copia literal de la escritura. Toda persona con interés puede oponer la falta de transcripción (artículos 939 y 941). Ley hipotecaria belga (art. 1). La transcripción tiene por objeto proteger el interés de los terceros; haciendo pública la transmisión de los bienes que está sometida á dicha formalidad. Hay publicidad en el sentido de que toda persona puede pedir al conservador de las hipotecas un certificado de las mutaciones y concesiones de derechos reales, transcritas en sus registros (art. 127, ley hipotecaria). El origen de esta publicidad sube hasta el derecho romano; toda donación, mobiliaria ó inmobiliaria, que excedía de cincuenta sólidos debía insertarse (insinuarse) en las actas de los magistrados, bajo pena de nulidad. Se ve que la insinuación romana tenía por objeto menos el amparar los intereses de los terceros, que poner coto á las liberalidades irreflexivas, ó de estorbar las que no se atrevían á confesar. Las ordenanzas de los reyes de Francia, notablemente la de 1731 sobre las donaciones, prescribieron igualmente la insinuación, pero fué con otra suerte. "Esta formalidad dice Pothier, se ha ordenado por interés de los terceros que contratasen con el donador después de la donación, á fin de que la ignorancia en la cual estuviesen de la donación no pudiera hacerlos incurrir en error, como también en favor de sus herederos, por temor de que la ignorancia de la donación no pudiera inclinarlos á aceptar inoportunamente su sucesión" (1) La donación, por más que no estuviere insinuada era válida respecto del donador. Así es que la insinuación no era una formalidad intrínseca prescrita para la validez, ó aun para la existencia de la donación, tal como la autenticidad; ella tenía por único objeto garantizar los intereses de los terceros; y se incluiría á los

1 Pothier, *Introducción al tit. 15 de la costumbre de Orleans* número 45.

herederos entre los que podían oponer la falta de publicidad, porque la clandestinidad de la donación los inducía á error y les causaba un perjuicio.

Cosa singular: la publicidad no se exigía para la transmisión de los bienes á título oneroso: sin embargo, había idénticas razones para prescribirla. Esto fué lo que hizo la ley de 11 brumario año VII, la cual ordenó la transcripción de las escrituras translativas de bienes y derechos susceptibles de hipotecas, y decidió que hasta entonces dichos actos no podrían oponerse á los terceros que hubiesen contratado con el vendedor. La ley de brumario no suprimió la insinuación, de suerte que las donaciones quedaron sometidas á una doble publicidad; debían ser insinuadas y transcritas. Esta doble publicidad no tenía razón de ser, y por eso los autores del código civil no mantuvieron la transcripción.

369. De aquí se ha originado una cuestión muy controvertida. ¿Los autores del código han pretendido mantener los principios que regían la insinuación de las donaciones? En tal caso, tiene que interpretarse el código por la ordenanza de 1731. ¿O han querido aplicar á las donaciones el sistema de publicidad que regía todas las transmisiones inmobiliarias, en la época en que se discutió el título de las donaciones? En este caso, hay que interpretar el código por la ley de brumario. Hay algunas diferencias entre la insinuación y la transcripción. Toda donación, mobiliaria ó inmobiliaria debía ser mencionada, mientras que la ley del año VII prescribía únicamente la transcripción de las escrituras translativas de propiedad inmobiliaria. La falta de insinuación podía oponerse al donatario por toda persona que tuviera interés en la nulidad de la donación, liada por los herederos del donador. Me pasaba lo mismo con la falta de transcripción, en el sistema del año VII: la es-